

O Direito Processual Coletivo e o Novo Código de Processo Civil:¹

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (Unesa). Professor Convidado no Instituto Max Planck de Luxemburgo (2016) e no Programa de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Desembargador Federal. Pós-Doutor pela Universidade de Regensburg, Alemanha. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Johann Wolfgang Goethe Universität (Frankfurt am Main, Alemanha). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Brasília (UnB). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e em Comunicação Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Diretor do Instituto Ibero-americano de Direito Processual (IIDP), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Membro da Associação Brasil-Alemanha de Juristas (Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung - DBJV) e da International Association of Procedural Law (IAPL). Diretor de Cursos e Pesquisas da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região (EMARF). Presidente da Comissão Permanente de Processo Civil da Associação de Juízes Federais do Brasil (AJUFE). Membro do Conselho de Relações Internacionais da Revista de Processo (RePro), do Conselho de Redação da Revista de Processo Comparado (RPC), do Conselho Editorial do Centro de Estudos da Justiça Federal

¹ Trabalho publicado na coletânea em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux. Versão adaptada, em inglês, encaminhada para publicação no livro *Approaches to Procedural Law. The Pluralism of Methods. (Studies of the Max Planck Instituto Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law)*.

(CEJ) e do Editorial Board da Civil Procedure Review. Consultor e ex-bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (Deutscher Akademischer Austauschdienst - DAAD), do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq) e da Fundação Alexander von Humboldt (AvH).

Carolina Paes de Castro Mendes

Bacharelanda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ) e Bolsista do Programa de Iniciação Científica (PIBIC) no Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq).

RESUMO: O presente texto pretende efetuar uma análise contemporânea do desenvolvimento do Direito Processual Coletivo no âmbito da realidade mundial, indicando o papel deste novo ramo, que pode ser considerado um direito fundamental, sistematizando os principais requisitos, meios de proteção dos membros ausentes e os diferentes métodos de defesa dos interesses coletivos. Por fim, se tentará apontar o quadro atual e as principais tendências para o Direito Processual Coletivo, incluindo neste quadro os principais institutos do novo Código de Processo Civil brasileiro.

ABSTRACT: This article aims a contemporary analysis of the Collective Procedural Law's development within the global reality, indicating its role, which might be considered a fundamental right, systematizing the main requirements, means of protection for absent members and different methods of defense of collective interest. Finally, the current scenario is attempted to be pointed out, as well as the major trends for Collective Procedural Law, including in this frame the key institutes in the new Brazilian Civil Procedure Code.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Coletivo – Ações Coletivas - Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas

KEYWORDS: Collective Procedural Law - Collective Actions – Class Actions - Incidental Resolution of Repetitive Demands

SUMÁRIO: (I) Introdução: um breve Panorama sobre o Direito Processual Coletivo. - (II) O tipo de proteção coletiva. - (III) O Papel do Processo Coletivo. - (IV) A Proteção Coletiva como um Direito Fundamental ou Constitucional. - (V) Requisitos, Proteção dos Membros Ausentes e Diferentes Métodos de Representação. - (VI) O Quadro do Direito Processual Coletivo e seus caminhos. - (VII) O Novo Código de Processo Civil. - (VIII) Considerações Finais.

(I) INTRODUÇÃO: UM BREVE PANORAMA SOBRE O DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

A história da tutela coletiva tem início anos atrás². Pode-se apontar para a ação popular no Direito Romano ou para as ações representativas na Inglaterra no final do século XII³. É importante enfatizar também o enorme desenvolvimento das ações coletivas nos Estados Unidos da América⁴ desde o século XIX e o papel da doutrina e da academia italia-

2 A. G. de C. Mendes, *Ações Coletivas e Meios de Resolução Coletiva de Conflitos no Direito Comparado e Nacional* (4th ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014), p. 49-64.

3 Na Inglaterra, o primeiro caso teria ocorrido em torno do ano de 1199, quando, perante a Corte Eclesiástica de Canterbury, o pároco Martin, de Barkway, ajuizou ação, versando sobre o direito a certas oferendas e serviços diários, em face dos paroquianos de Nuthamstead, uma povoação de Hertfordshire, assim considerados como um grupo, chamando, no entanto, a juízo apenas algumas pessoas, para, aparentemente, responderem por todos.. S. C. Yeazell, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action* (Yale University Press, New Heaven, 1987).

4 Nos Estados Unidos, os primitivos escritos sobre o tema foram feitos por Joseph Story, destacado jurista que integrou a Suprema Corte entre 1811 e 1845. O primeiro caso, *West v. Randall*, ocorreu em 1820. Em 1842, a Suprema Corte norte-americana edita um conjunto de regras de equidade, dentre as quais a *Equity Rule 48*, que passa a ser considerada como a primeira norma escrita relacionada com a *class action* nos Estados Unidos. Em 1912, a Suprema Corte reformulou as *Equity Rules*. Assim sendo, a antiga Regra 48 foi revogada pela *Rule 38*. Em 1938, surge nos Estados Unidos o primeiro Código de Processo Civil no âmbito federal. Dentre as *Federal Rules of Civil Procedure*, encontrava-se a de n. 23, destinada a regular as chamadas *class actions*, que passavam a estar disponíveis para todo o direito e não apenas para os processos calçados na equidade. A Regra 23 foi substancialmente modificada em 1966 e outras alterações foram realizadas nos anos de 1987, 1998, 2003, 2007 e 2009. Em 2005, houve importante reforma legislativa, com a entrada em vigor da *Class Action Fairness Act* (CAFA), estatuto que incorporou modificações no Título 28 do *United States Code*, com aplicação nacional e tendo como propósito assegurar benefícios justos e imediatos para os membros da classe, em caso de procedência das suas pretensões; estabelecer regras relacionadas aos honorários advocatícios, com o intuito de impedir abusos; e restabelecer os parâmetros de competência, especialmente para que fossem julgados pela Justiça Federal norte-americana os casos interestaduais de importância nacional sob o preceito da diversidade de jurisdição. A. G. de C. Mendes, *supra* n. 1, p. 65 – 94. Sobre as *class actions* norte-americanas, vide, dentre outros textos: A. Conte and H. B. Newberg, *Newberg on Class Actions* (4th ed., West, Denver, 2002); American Law Institute (ALI), *Principles of the Law: Aggregate Litigation* (American Law Institute Publishers, St. Paul, 2010); A. R. Miller, “Of Frankstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the Class Action Problem”, 92 *Harvard Law Review* (1979); B. Wolfman and A. B. Morrison, “Representing the Unrepresented in Class Actions Seeking Monetary Relief”, 71 *New York University Law Review* (1996); E. H. Cooper. “Class-Action Advice in the Form of Questions”, 11-2 *Duke Journal of Comparative and International Law* (2001) 215-248; G. P. Miller, “Overlapping Class Actions”, 71 *New York University Law Review* (1996); G. Rutherglen, “Better Late than Never: Notice and Opt

nas⁵, no último século, em torno da matéria de tutela coletiva, ambos refletindo efeitos para além de suas fronteiras. Entretanto, a discussão mundial sobre o tema tem aumentado significativamente, de fato, ao longo dos últimos 50 anos.

O panorama mostra que, por muito tempo, a disciplina de Direito Processual Coletivo limitou o seu objeto de estudo às ações de classe (*class actions*), *Verbandsklagen* e ações coletivas (*collective actions*), embora a lista terminológica seja bem maior: *complex litigation*, tutela coletiva, *mass torts*, ação popular, ação civil pública, ações de grupo, ações representativas, *collective redress* etc.

Normalmente, três modelos de tutela coletiva eram ou são indicados: a) as *class actions* norte-americanas; b) ações coletivas europeias⁶ (?) ou *Verbandsklagen* (ações associativas); c) ações coletivas latino-americanas.⁷

Out at the Settlement Stage of Class Actions”, 71 *New York University Law Review* (1996); N. Morawetz, “Underinclusive Class Actions”, 71 *New York University Law Review* (1996); R. A. Nagareda et al., *The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation* (2nd ed., Foundation Press, St. Paul, 2013); R. L. Marcus and E. F. Sherman, *Complex Litigation: Cases and Materials on Advanced Civil Procedure* (3rd ed., West, St. Paul, 1998); R. H. Klonoff, E. K. Bilich and S. M. Malveaux, *Class Actions and Other Multi-Party Litigation: Cases and Materials* (3rd ed., West, St. Paul, 2012); S. Estreicher, “Federal Class Actions after 30 Years”, 71 *New York University Law Review* (1996); T. D. Rowe, “Beyond the Class Action Rule: an Inventory of Statutory Possibilities to Improve the Federal Class Action”, 71 *New York University Law Review* (1996).

5 Os precursores foram, no início do último século, Emilio Bonaudi, *La tutela degli interessi collettivi*, 1911, e Ugo Ferrone, *Il processo civile moderno: fondamento, progresso e avvenire*, 1912. Em 1974 e 1975, durante os Congressos de Pádua e Salerno, Vittorio Denti, Mauro Cappelletti, Giuseppe Tarzia, Andrea Proto Pisani, Vincenzo Vigoriti, Nicolò Trocker e Michele Taruffo, dentre outros, foram notáveis juristas que trataram da questão dos direitos difusos e coletivos. A. P. Grinover, “Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos”, 97 *Revista de Processo* (2000) 9-15. Vide também: A. Giussani, *Studi sulle “class actions”* (Cedam, Milan, 1996); A. Angiuli, *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale: le azioni comunali e surrogatorie*. (Jovene, Naples, 1986); C. Belli (org.), *Le azioni collettive in Italia: profili teorici ed aspetti applicativi* (Giuffrè, Milão, 2007); G. Alpa, “Interessi diffusi”, 81 *Revista de Processo* (1996); L. Lanfranchi (org.), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi* (Giappichelli, Torino, 2003); M. Cappelletti, “Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi”, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio* (Cedam, Pavia, 1976); U. Ruffolo, *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore: il problema e il metodo – Legittimazione, azione e ruolo degli enti associativi esponenziali*. Milão: Giuffrè, 1985.

6 Era difícil, no passado, e permanece sendo, no presente, considerar um único sistema europeu de tutela coletiva, pois existem diferentes regras e padrões nacionais. A Inglaterra e o País de Gales, por exemplo, têm as tradicionais *representative actions* e desde o *Civil Procedure Rules*, de 2000, um novo instrumento chamado *Group Litigation Order* (GLO). Na Alemanha existem há muito tempo as *Verbandsklagen* (ações associativas), mas também o instituto do *Musterverfahren* (procedimento-modelo), usado pela primeira vez no ramo administrativo do Judiciário, inicialmente apenas na prática e desde 1991 nos termos do estatuto das cortes administrativas. Desde 2005, também em litígios de matéria civil no mercado de capitais e a partir de 2008 para conflitos de benefício social. Na Itália, a proteção coletiva é prevista em especial no Direito do Consumidor. Na versão atual da legislação, não apenas as associações, mas também os membros da classe, têm legitimidade para ajuizar a *azione di classe* (artigo 140 *bis* do Código de Consumidor italiano). Portugal consagra a ação popular, equivalente da nossa ação civil pública, na sua Constituição e em lei, prevendo a legitimidade das associações e dos membros da classe. No entanto, as ações populares não são frequentes nos tribunais. A França adotou a proteção coletiva especialmente em relação aos consumidores e ao meio ambiente, baseada na legitimidade das associações e sindicatos. A Espanha dispõe de modo geral na Constituição, no Código de Processo Civil e também em estatutos específicos, como o da proteção do consumidor, prevendo a legitimidade de grupos, associações e outras organizações. O sentido de modelo europeu é usado para indicar as ações associativas (*Verbandsklagen*), que predominam na maior parte dos países da Europa (Alemanha, França e Espanha, por exemplo) e foram adotadas pela Comissão Europeia nas Recomendações do ano de 2013.

7 A. G. de C. Mendes, “Processos Coletivos na Ibero-América”, in: P. H. dos S. Lucon (eds), *Processo em Jornadas: XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual e XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual* (JusPodivm, Salvador, 2016) at

A distinção mais marcante, porém, não a única, está relacionada a quem cabe a legitimação para a defesa dos interesses coletivos: a) a um membro da classe afetada; b) às associações ou grupos (Espanha⁸); c) aos órgãos públicos, como a Procuradoria Geral, Defensoria Pública e agências. Há, contudo, em alguns casos, a combinação destes padrões.

Somam-se outras diferenças importantes, como os requisitos (controle de representação adequada por lei ou pelo juiz; o papel e a forma da notificação) e o sistema de vinculação (*opt-in*, *opt-out* ou mediante a *res judicata secundum litis* ou *secundum litis et probationis*).

Em relação à tutela coletiva nos Estados Unidos da América, alguns aspectos devem ser observados. O primeiro é quanto à importância da notificação que, de acordo com a Regra 23 (c) (2) (A) ou (B) das *Civil Procedure Rules*, pode ou deve, respectivamente, ser direcionada à classe. No caso dos direitos individuais homogêneos, a comunicação é obrigatória, enquanto nos direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, a notificação é facultativa. O segundo aspecto, de certo modo relacionado ao primeiro⁹, é que o direito de *opt-out* só existe se o pedido for divisível, segundo a *Rule* 23 (b) (3). O terceiro é que, inicialmente, a Suprema Corte Americana editou a *Equity Rule* 48 em 1842,¹⁰ permitindo as ações representativas, mas adotou a *res judicata secundum litis* ou apenas *pro* para os membros da classe, porque em tais casos a sentença não deveria prejudicar os direitos e pedidos das partes ausentes. Todavia, onze anos mais tarde, no caso *Smith v. Swormstedt*, a Suprema Corte Americana não considerou a segunda parte da *Rule* 48 e, tendo em vista a exigência da representação adequada, deci-

1013-1045; A. G. de C. Mendes, "Ações Coletivas nos Países Ibero-Americanos: Situação Atual, Código Modelo e Perspectivas", 153 *Revista de Processo* (2007); A. G. de C. Mendes, "O Código Modelo de Processos Coletivos para os Países Ibero-Americanos, in R. D. Nolasco (eds.), *Processo Civil Coletivo* (Quartier Latin, São Paulo, 2005); E. Oteiza (eds.), *Procesos Colectivos* (Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006); E. Oteiza (eds.), *I International Conference & XXIII Iberoamerican Procedural Law Convention* (IAPI, AADP and IIDP, Buenos Aires, 2012); J. O. Favela (eds.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo* (UNAM, México, 2004).

⁸ Na Espanha, o promotor de justice (Ministerio Fiscal) também tem legitimidade processual atualmente.

⁹ A comunicação, em se tratando de direitos individuais homogêneos, se faz necessária, porque os direitos são essencialmente individuais e apenas acidentalmente coletivos. Por isso, o sistema norte-americano possibilita a exclusão, desde que manifestada dentro do prazo fixado pelo juiz. Nos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, a comunicação é desejável, para que se possa acompanhar, impugnar ou auxiliar os rumos do processo, mas não se torna obrigatória, porque, em razão da indivisibilidade, não se poderá excluir individualmente do processo coletivo.

¹⁰ *Equity Rule* 48: "Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays, in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties".

diu que todos os membros da classe ficavam vinculados, se não requerida tempestivamente a exclusão, mesmo que contra seus direitos e pedidos. Formalmente, entretanto, a Regra 48 só foi revogada em 1912 com a nova *Rule* 38, sem a restrição final, visando permitir a *res judicata pro et contra* a classe, inclusive em relação aos membros ausentes.

(II) O TIPO DE PROTEÇÃO COLETIVA

A primeira observação a ser feita é a importância em se determinar o tipo de proteção coletiva que é necessária. Há 40 anos, José Carlos Barbosa Moreira¹¹ disse que a proteção pode ser essencial ou acidentalmente coletiva.

Se as partes almejam um bem ou pedido material ou legal indivisível, a qualidade da proteção coletiva é essencial e, portanto, os meios e soluções devem ser únicos e uniformes. Dessa forma, as *Federal Civil Procedure Rules* norte-americanas preveem que para as ações certificadas nos termos da Regra 23(b) (1) ou (b) (2), a corte pode, mas não precisa dirigir a apropriada comunicação para a classe. A razão decorre do fato de que não é possível que ninguém faça um *opt-out* nessa hipótese, conforme a Regra 23 (c) (2) e (3).

A situação é bem diferente quando se trata de bens divisíveis. Essencialmente, eles não são coletivos, mas individuais. Apenas acidentalmente os direitos são coletivamente perseguidos, em razão da uniformidade¹², ou predominância das questões comuns, e da superioridade das ações de classe em comparação com demandas individuais ou separadas, como ensina a doutrina americana. Em relação à natureza dos pedidos previstos na Regra (b) (3), a notificação da ação de classe deve ser direcionada aos membros da classe, que têm direito ao *opt-out*. Deve-se buscar encontrar o equilíbrio entre a melhor notificação possível e seus custos. As facilidades e o baixo custo de novas tecnologias devem ser levados em consideração e colocados em uso pelas cortes: possibilidades de comunicação on-line, interna e por e-mail. Os meios de comunicação em massa podem ajudar os membros da classe e interessados a se informar, permitindo que acompanhem ou que ingressem na ação.

É importante precisar os conceitos de pedidos divisíveis ou

11 J. C. B. Moreira, "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos", in *Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman*, v. IV (Giuffrè, Milano, 1979).

12 Rule 23 (a) (2): "There are questions of law or fact common to the class".

indivisíveis e conhecer o tratamento legal adequado em cada caso. O Código Modelo de Processos Coletivos da Ibero América e o Direito Processual em diversos países ibero-americanos¹³, como o Brasil, a Colômbia e Portugal, diferenciaram tais tipos de direitos. Entretanto, seus estatutos não desenvolveram a distinção necessária no que tange às regras e aos processos.

(III) O PAPEL DO PROCESSO COLETIVO

Os escopos principais dos instrumentos processuais coletivos são: a) acesso à justiça; b) economia judicial; c) equidade; d) efetividade do direito material (se apenas alguns dos membros afetados ajuízam uma ação, significa que o ofensor pode obter sucesso, se apenas os lucros imediatos forem levados em consideração); e e) equilíbrio das partes no processo.

Naturalmente, a necessidade e o correspondente desenvolvimento dos países não são idênticos. Provavelmente, países com áreas mais extensas ou significativa densidade demográfica, com sobrepujança na economia de escala, níveis mais baixos de conhecimento legal, número maior de litígios, morosidade e uma cultura de descumprimento das normas legais devem precisar mais dos meios coletivos.

Quanto ao Brasil, três problemas se destacam: a) um tremendo número de processos; b) um consequente atraso na tomada de decisões; c) matérias comuns recebem tratamento desigual em razão de um sistema que privilegia a independência funcional de cada juiz. Após o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, o número de processos julgados disparou. Os números falam por si só: nesse momento, em torno de 100 milhões de processos judiciais são processados perante o Poder Judiciário. Em 1950, 3 mil processos por ano eram protocolados na Suprema Corte. Em 2015, mais de 93 mil novos processos e recursos foram levados ao Supremo Tribunal Federal.

(IV) A PROTEÇÃO COLETIVA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL OU CONSTITUCIONAL

A necessidade quanto aos mecanismos processuais coletivos pode variar, mas a possibilidade de se ingressar com um pedido de tutela coleti-

13 A. G. de C. Mendes, 'Ações Coletivas nos Países Ibero-Americanos: Situação Atual, Código Modelo e Perspectivas', 153, *Revista de Processo* (2007) p. 188-216.

va deveria existir sempre, como parte do princípio do livre acesso à justiça. Por esse motivo, muitos países, como Brasil, Portugal e Argentina, introduziram o acesso coletivo à justiça ou instrumentos coletivos específicos em suas Constituições, ou tiveram tais meios reconhecidos pelos tribunais como uma garantia. Por exemplo, a decisão, em 2001, da Suprema Corte Canadense em *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*¹⁴ pode ser mencionada como exemplo de reconhecimento de que a tutela coletiva deve ser garantida pelas cortes federais e estaduais, considerando o papel das ações coletivas como um direito fundamental ao acesso à justiça.

Há exemplos mundiais em períodos históricos recentes que ressaltam a importância do Direito Processual Coletivo: a) a reforma do sistema americano: Rule 23 e *Class Action Fairness Act* (CAFA); b) o Código Modelo de Processo Civil Ibero-Americano; c) recomendações da Comissão Europeia, em 2013,¹⁵ e as respectivas inovações nas legislações nacionais europeias;¹⁶ d) diversas novas regras e estatutos sobre tutela coletiva ao redor do mundo.

(V) REQUISITOS, PROTEÇÃO DOS MEMBROS AUSENTES E DIFERENTES MÉTODOS DE REPRESENTAÇÃO

A garantia dos instrumentos coletivos não significa que eles sempre deverão ser admitidos. Cada sistema nacional tem seus próprios requisitos, especialmente para proteger os membros ausentes (por esse motivo, a existência de uma representação controlada e adequada é fundamental, seja qual for o meio ou sistema processual previsto) e para verificar a superioridade da ferramenta coletiva, conforme leciona a doutrina norte-americana.

Em princípio, a representação/participação direta no processo é a melhor opção. Nesse aspecto, o sistema de *opt-in* seria perfeito. Especialmente, se não existirem barreiras para o acesso à justiça. No entanto, nem sempre é possível ou fácil exercer o direito de inclusão. Outros mecanismos, como direito ao *opt-out* (autoexclusão) e *res judicata secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*, também podem ser usados. Talvez os sistemas nacionais pudessem ser um pouco mais flexíveis ao oferecer aos

¹⁴ *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534.

¹⁵ Recomendação 2013/396/EU sobre princípios comuns para mecanismos cautelares e compensatórios de tutela coletiva no Estado Membro relativo às violações de direito garantidos pelo Direito da União [2013].

¹⁶ A. G. de C. Mendes and L. C. P. da Silva, “A Recomendação da União Europeia, de 11.06.2013, sobre as Ações Coletivas”, 239 *Revista de Processo* (2015) 195-211.

tribunais e às partes a possibilidade de fazer a melhor escolha possível diante do caso concreto.

Os conflitos de massa, no mundo contemporâneo, afetam milhares ou até milhões de pessoas. O problema da participação, da legitimidade e do controle é um problema de todos os sistemas representativos: legislativo, executivo e no processo judicial. No contexto atual, em questões mais amplas, dificilmente se consegue exercer diretamente o direito. Portanto, a “representação” ou legitimação coletiva é uma decorrência lógica da necessidade e das impossibilidades de uma sociedade de massas.

VI) O QUADRO DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO E SEUS CAMINHOS

O Direito Processual Coletivo desenvolveu-se nos últimos anos e ampliou o quadro de instrumentos processuais disponíveis e adequados, ao lado das vias tradicionais de ação coletiva ou de classe, sobretudo por meio de três outros mecanismos:¹⁷ a) Procedimentos-padrão, como o *Musterverfahren*¹⁸ na Alemanha, o *Group Litigation Order*, na Inglaterra e País de Gales, o julgamento de recursos repetitivos e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, no Brasil; b) os *Alternative Dispute Resolutions* (ADRs), *On Line Dispute Resolutions* (ODRs) e outros meios de resolução consensuais poderiam ser mais focados, pensados e regulados para conflitos coletivos, como foi feito no *Class Action Fairness Act* ou na última reforma da *Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten* - KapMuG (o estatuto do procedimento-modelo para o mercado de capitais); e c) uma abordagem sistemática do sistema de precedentes e *stare decisis* nos países de *civil law*, ainda que com o eventual e necessário ajuste para adaptá-lo à cultura e regras nacionais, para resolver questões de efeito vinculante, como foi feito no novo Código de Processo Civil, em vigor desde março de 2016. Pode ser um novo parâmetro ou uma possibilidade para os novos mecanismos: a decisão de questões comuns apesar da di-

17 A. G. de C. Mendes, “Resolução coletiva de conflitos” in: A. G. de C. Mendes and T. A. A. Wambier (eds.), *O Processo em Perspectiva – Jornadas Brasileiras de Direito Processual* (Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013) 47, at 47-70 and A. G. de C. Mendes and L. C. P. da Silva, “Ações Coletivas e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: algumas Considerações sobre a Solução Coletiva de Conflitos”, in: F. Didier Jr and H. Zaneti Jr (eds.), *Coleção Repercussões do novo CPC – Processo Coletivo* (Juspodivm, Salvador, 2016) 535, at 536-545.

18 B. Hess, F. Reuschle und B. Rimmelspacher, *Kölner Kommentar zum KapMuG (Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz))* (2nd ed., Carl Heymanns, Köln, 2014).

ferença entre as demandas. Exemplos: questões processuais ou questões comuns no bojo de direitos heterogêneos.

(VII) O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Entre os principais objetivos do novo Código de Processo Civil brasileiro estão o incentivo aos meios consensuais de resolução de conflitos, a busca por custo-eficiência e processos de duração razoável, reforçando a igualdade e a segurança jurídica.¹⁹ Três inovações²⁰ trazidas pelo novo Código são centrais e estão intimamente relacionadas aos objetivos mencionados acima: a) o aperfeiçoamento de um sistema de solução de questões comuns e de recursos repetitivos; b) o estabelecimento do *stare decisis* no Direito Processual brasileiro, com algumas restrições, mas, por outro lado, reforçando seu caráter vinculativo; c) o poder-dever do juiz de informar aos legitimados para a propositura de ações coletivas sobre a existência de um grande número de ações individuais repetitivas propostas, para que seja iniciado um processo coletivo pertinente, se o legitimado entender que deverá fazê-lo.²¹

O número de litígios sendo processados no Brasil, como já foi dito, é extremamente alto, em torno de 100 milhões, o que representa cerca de 6 mil processos por juiz.²² Vem se buscando o aperfeiçoamento das ações coletivas. Entretanto, o sistema processual deve se valer de todos os meios possíveis para a resolução de demandas de massa. O Direito Processual pode se apoiar agora em um sistema complementar de decisões concentradas em torno de questões comuns, com o advento do novo Código de Processo Civil.

O sistema é constituído centralmente por dois instrumentos referentes a decisões de matérias comuns ou repetitivas: a) recursos repetitivos, em instâncias superiores; e b) o novo Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas (IRDR),²³ inspirado no *Musterverfahren* alemão (processo-modelo).

19 A. G. de C. Mendes and T. A. A. Wambier, “Le Nouveau Code de Procédure Civile Brésilien”, 5 *International Journal of Procedural Law* (2015) 337-345.

20 A. G. de C. Mendes, L. C. P. da Silva and M. P. de Almeida, *Novo Código de Processo Civil Comparado e Anotado* (GZ, Rio de Janeiro, 2016), p. 595-599.

21 Código de Processo Civil, art. 139, X.

22 Dados sobre os tribunais brasileiros disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/491328c-33144833370f375278683f955.pdf>.

23 A. G. de C. Mendes and S. Temer, “O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil”, 243 *Revista de Processo* (2015) 283-331.

Desse modo, nas ações ajuizadas perante tribunais superiores, é possível selecionar e julgar apenas alguns recursos representativos da controvérsia. Enquanto isso, outros processos que discutem as mesmas questões legais permanecem suspensos. Consequentemente, há uma economia judicial evidente, pois os Tribunais Superiores julgarão apenas alguns recursos, estabelecendo as teses jurídicas, com efeito vinculativo, que devem ser aplicadas aos processos pendentes, que serão então julgados em instâncias inferiores.

A técnica aplicada no Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas (IRDR) é semelhante à realizada nos recursos repetitivos. Sempre que houver uma questão de direito comum em diversos processos, o incidente poderá ser suscitado perante um tribunal de segundo grau, em termos de admissibilidade e mérito. Sendo admitido o incidente, os processos que versarem ou dependerem da resolução da questão comum objeto do IRDR serão em regra suspensos até que o tribunal decida sobre a controvérsia jurídica, fixando a respectiva tese. A decisão tomada no incidente pode ser diretamente impugnada mediante os recursos especial ou extraordinário, conforme o caso. Posteriormente, os órgãos judiciais da área do tribunal que tomou a decisão irão aplicar a tese consagrada em cada um dos casos pendentes.

Por fim, o Direito Processual brasileiro, até pouco tempo atrás, não estabelecia efeito vinculante aos precedentes. Isso provocou uma enorme desordem no sistema jurídico. Juízes não estavam sujeitos aos precedentes, em razão de sua independência.

Em 1993, a situação começou a mudar, quando o efeito vinculante *erga omnes* foi estabelecido a partir de decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal ao exercer o controle de constitucionalidade direto. Mais tarde, em 2004, uma emenda constitucional foi aprovada, trazendo o chamado *Binding Summary Statement*.

Com o novo Código de Processo Civil, além do controle concentrado de constitucionalidade e da súmula vinculante, anteriormente mencionados, também passaram a ser dotados de efeito vinculativo: (i) os julgamentos de questões repetitivas, ou seja, as decisões proferidas nos Incidentes de Resoluções de Demandas Repetitivas (IRDR) e nos recursos extraordinários ou especiais repetitivos; (ii) o Incidente de Assunção de

Competência, a ser instaurado quando houver uma matéria de relevante interesse social, ou um real ou potencial desacordo entre instâncias judiciais, de modo que o julgamento seja realizado por um órgão de composição mais ampla; (iii) os enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, assim como os verbetes da súmula do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e (iv) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

(VIII) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em termos globais, o quadro da tutela coletiva se caracterizou até hoje como uma disputa entre sistemas continentais ou nacionais. Não seria possível se pensar em um panorama marcado pelo pluralismo ou por uma combinação de métodos e instrumentos? Não seria cabível um sistema multi-portas para o Direito Processual Coletivo e isso não deveria ser incentivado? Podem os estudantes e estudiosos sonhar com um conjunto de meios para a proteção coletiva no direito nacional? Para todas essas perguntas, as futuras gerações darão as respostas. ♦